Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Pachtgut zuſtehenden oder demſelben zukommenden Realrechte zu ſtreiten nicht befugt iſt, bleibt die erhobene Klage nur eine Schadenklage mit den bereits oben bei unſerer erſten Frage sub B. a. bb. bezeichneten Wirkungen.

XIV.

Zur Lehre von der Reſciſſion pflichtwidriger Schenkungen.

Von

Herrn Dr. **Theodor Breidenbach**

zu Darmſtadt.

Die Frage, inwieweit wird eine inofficiöſe Schenkung durch die querela inofficiosae donationis reſcindirt? iſt von den Gloſſatoren an bis auf die neueſte Zeit ein ſo ergiebiges Feld der Controverſe geweſen und hat ſich einer ſo großen Anzahl von Bearbeitern zu erfreuen gehabt, daß es wohl den Anſchein haben möchte, als ſey dieſe Materie erſchöpft und jeder neue Verſuch, ſie zu behandeln, könne nur eine Wiederholung längſt durchgeſprochner Gründe und Gegengründe darbieten. Das Studium der Lehre von den pflichtwidrigen Schenkungen hat mich jedoch zu der Ueberzeugung gebracht, daß dem neueren Bearbeiter immer noch manches übrig geblieben iſt, und daß, was die leitenden Grundſätze bei Beurtheilung der Controverſe und die Interpretation von mehreren beſonders wichtigen Geſetzesſtellen betrifft, die Akten noch keineswegs als geſchloſſen zu betrachten ſind. In dem Nachſtehenden ſoll daher der Verſuch gemacht werden, die Wirkung der Reſciſſionsklage aus deren Entſtehung und Stellung

im Rechtsſyſteme zu beſtimmen und zu zeigen, daß das auf dieſe Art gefundene Reſultat: vollſtändige analoge Anwendung der Grundſätze über die Wirkung und den Umfang der querela inofficiosi testamenti auf die querela inofficiosae donationis im älteren und im juſtinianeiſchen Rechte — auch durch die Worte der Geſetze unterſtützt wird und ſich wider die dagegen in älterer und neuerer Zeit gerichteten Angriffe vertheidigen läßt.

§. 1.

Die verſchiedenen Anſichten der Juriſten über die Wirkung der querela inofficiosae donationis möchten ſich etwa auf folgende Weiſe gruppiren laſſen.

Der größere Theil der Schriftſteller läugnet die Gleichheit der Wirkung der querela inofficiosi testamenti und der querela inofficiosae donationis ſchon für die Zeit der Entſtehung der letztern Klage und behauptet, von jeher ſey dieſelbe nur auf den Pflichttheil — nicht auf die Inteſtatportion — gerichtet geweſen. Azo und dann Donell [1]) und Cujaz [2]) ſind die Hauptvertheidiger dieſer Theorie, der die meiſten ſpäteren, großentheils ganz mit Wiederholung der von Donell geltend gemachten Gründe gefolgt ſind. So insbeſondere, um nur diejenigen zu nennen, welche dieſer Frage erheblichere Erörterungen gewidmet haben: Bachov [3]), Lauterbach [4]), Vinnius [5]), Rau [6]), Linck [7]),

1) commeut. jur. civ. lib. 19. c. 11.

2) parat. in tit. Cod. de inoff. don. observ. lib. 5. c 14.; expos. nov. 92.

3) ad Treutl. vol. II. desp. 19. th. 7. t. H.

4) diss. acad. vol. II. no. 73. §. 29. sqq.

5) select. jur. quaest. l. 2. c. 33.

6) de quer. inoff. don. Lips. 1775. p. 22, sqq.

7) de quer. inoff. don Arg. 1732.

Frieſe [8]), Schorcht [9]), und unter den neueren: Glück [10]) und Kritz [11]).

Andere geben für die Entſtehungszeit der quer. inoff. don. die Gleichheit mit den Wirkungen der quer. inoff. test. zu, finden aber ſchon in den, im tit. Cod. de inoff. don. enthaltenen Conſtitutionen, Abänderungen, kommen alſo für das praktiſche Recht zu demſelben Reſultate, wie die oben genannten. Hierher gehören Retez [12]) auf der einen, und Mühlenbruch [13]), Vangerow [14]) und wie es ſcheint, auch Francke [15]) auf der andern Seite. Retez nimmt an, daß nach dem Reſcript des Alexander Sever in fr. 87. §. 3. D. de legat. II. (l. 31) die Querel auf die Inteſtatportion gehe, ebenſo nach der Conſtitution des Philippus, c. 1. C. de inoff. don. (III. 29.). Valerian und Gallien hätten dieß dahin abgeändert, daß, wenn die pflichtwidrige Schenkung von einem pater familias an ſeinen in der Gewalt befindlichen Sohn geſchehen ſey, der arbiter familiae erciscundae den Willen des Vaters reſpectiren müſſe, und dem verletzten Sohne nur den Pflichttheil zuweiſen dürfe, wäre aber an einen emancipirten Sohn geſchenkt worden, ſo ſolle die ganze Schenkung revocirt werden. Als ratio legis gibt Retez an: im erſten Falle hätten die Schenkungen von Anfang an keine Gültigkeit gehabt, daher „regantur ex bona fide“ im zweiten Falle ſeyen ſie von Anfang an gültig geweſen, daher habe die aequitas hier keinen Einfluß (non subjacent aequitati). Diocletian und Maximinian, fährt Retez fort, hätten

8) de quer. inoff. don. Jen. 1715.
9) de don. inoff. pr. p. l. resc. Jen. 1778.
10) Comment. Bd. VII. S. 156. ff.
11) Exeg. prakt. Abh. S. 111. ff.
12) de donat. c. VIII. §. 14. sqq. (Meermann thes. t. VI. p. 587. sqq.)
13) Comment. Bd. 36. S. 97. ff.
14) Leitf. Bd. 2. §. 482. II.
15) Notherbenrecht S. 524.

dieß wieder dahin abgeändert, daß, wenn an einen emancipatus geschenkt werde, die klagenden filii nur die legitima erhalten sollten; Constantius und Julian hätten dann allgemeine Gleichstellung der quer. inoff. don. und der quer. inoff. test. anbefohlen — dies beziehe sich aber doch nur auf Schenkungen an einen extraneus; für das praktische Recht kommt dann Retez zu dem Resultate: 1) Gegen beschenkte extranei geht die Klage auf die ganze Schenkung. 2) Gegen Notherben auf die Intestatportion. Wenn Glück bemerkt, Retez nehme im letztern Falle eine Klage auf den Pflichttheil an, so scheint er Retez mißverstanden zu haben. Derselbe sagt nämlich hier: rescindi a querentibus pro legitimis portionibus, quas ab intestato habituri sunt. Mühlenbruch, Francke und Vangerow finden in fr. 87. §. 3. cit. Rescission bis zur Intestatportion, — in allen späteren Verordnungen aber nur eine Klage auf den Pflichttheil.

Den bisher Genannten, denen fast alle neueren Compendien im Resultate beistimmen [16]), gegenüber stehen diejenigen, die eine vollständige Gleichstellung in den Wirkungen der quer. inoff. don. und der q. i. test., und daher durchgängig im vorjustinianischen Rechte Rescission der Schenkung bis zum Betrage der Intestatportion annehmen. Die meisten Vertheidiger dieser Theorie wenden dann die durch c. 30. C. de inoff. test. (3, 28.) mit der quer. inoff. test. vorgegangene Veränderung auch auf die quer. inoff. don. an, gestatten also letztere Klage im neueren Rechte nur bei einer donatio omnium bonorum, während sonst die actio ad supplendam eingreife. Diese Ansicht ist besonders von Faber [17]) vertheidigt worden, dem sich im Wesentlichen Thomasius [18]),

16) s. z. B. Thibaut §. 563. Wening §. 496. (§. 154.) Puchta §. 485. Mayer, Erbrecht §. 108.

17) conj. lib. 3. c. 17.

18) not. ad sing. Inst. et Pand. tit. 1. 39. t. 5. (p. 305.)

Pufendorf [19]), G. L. Böhmer [20]), Höpfner [21]), Schweppe [22]), Meyer [23]) und Hille [24]) angeschlossen haben. Gewöhnlich rechnet man auch J. H. Böhmer [25]) und Zimmern [26]) hierher. Beide haben aber in ihre Theorien Distinktionen aufgenommen, wodurch sie von der hier in Frage stehenden völligen Gleichstellung mit der quer. inoff. test. abweichen. Sie unterscheiden nämlich, wenn auch auf verschiedene Weise, zwischen beschenkten Notherben und Fremden, indem Böhmer gegen beschenkte Notherben die Querel nur auf die legitima zuläßt, Zimmern aber gegen Fremde die Klage unter Umständen auf die ganze Schenkung, selbst über den Betrag der Intestatportion, gestattet. Diese Unterscheidung, in Verbindung mit der Distinction zwischen Schenkungen, die *re*, und solchen, die *re et consilio* inofficiös sind, ist nun das Princip verschiedener weiterer Theorieen, die namentlich unter den älteren Juristen viele Anhänger zählen, in neuerer Zeit jedoch kaum mehr vertheidigt werden. Auf diese verschiedenen Distinctionen ist insbesondere das System des Petrus und Bartolus gebaut, denen man gewöhnlich auch Hugolinus beigesellt, obgleich derselbe, wenigstens nach der Versicherung von Molinäus [27]), die Unterscheidnng zwischen beschenkten Notherben und Fremden nicht kannte.

Nach Petrus geht die Querel nur dann auf die ganze Schenkung, wenn an Fremde re et consilio inofficiös geschenkt worden ist. Nach Bartolus, dessen Ansicht Jason

19) obs. jur. t. I. obs. 178. (p. 559.) t. III. obs. 23. §. 4. (p. 92.)
20) de quer. inoff. don. frat. 2. §. 1 und 18.
21) Comm. §. 412.
22) Lehrb. §. 974.
23) Forts. von Schweppe's Handb. Bd. 5. §. 971.
24) de immod. don. quer. Marb. 1828. p. 50.
25) de act. s. III. c. 3. §. 41 sqq.
26) in s. und Neustetels R. R. Unters. S. 68 ff.
27) Tract. de inoff. don. et dot. §. 12 und 13.

die communis opinio nennt, und von der auch Molinäus verſichert, die communis schola folge ihr tam in lecturis quam in consiliis, findet bei Schenkungen an Notherben immer nur eine Klage auf den Pflichttheil ſtatt; bei Schenkungen an Fremde wird unterſchieden: a) dem Pflichttheilsberechtigten iſt etwas geblieben — alsdann geht die Klage auf Ergänzung des Pflichttheils; b) es iſt Alles verſchenkt worden — alsdann kommt es darauf an, ob die Schenkung re et consilio, oder nur re inofficiös iſt. Im erſten Fall wird ſie vollſtändig, im zweiten nur bis zum Betrage der legitima reſcindirt. Es wird alſo nach Bartolus eine re et consilio inofficiöſe Schenkung an Fremde, wenn nur dem Notherben etwas hinterlaſſen iſt, nur bis zum Pflichttheile aufgehoben, — eine Einſchränkung, die manche, z. B. Zimmern, überſehen haben.

Anhänger dieſer Anſicht ſind namentlich Ja Coſta [28]), Stryk [29]), Brunnemann [30]), J. H. Böhmer [31]), der jedoch, wie auch Schmidt [32]), immer zur Querel den animus fraudandi des Schenkers vorausſetzt, alſo die von dieſem animus dependirende Diſtinction verwirft.

Hugolinus und nach ihm Dinus unterſcheiden zwiſchen Schenkungen, die *re*, und ſolchen, die *re et consilio* inofficiös ſind, und nehmen im letzten Falle Reſciſſion der ganzen Schenkung an. Dieſer Theorie folgen auch Molinäus [33]), Perez [34]) und Berger [35]), die jedoch eine donatio omnium bonorum immer als re et consilio pflichtwidrig betrachten.

---

28) ad §. 3. J. de inoff. t. (comm. ad Inst. ed. II. p. 283.)
29) de caut. test. c. 17. m. 2. §. 25.
30) ad c. 1. C. de inoff. don.
31) de act. s. II. c. 3. §. 43. not.
32) von Klagen und Einr. §. 557. Not. 2.
33) l. c. §. 20. 399.
34) ad tit. Cod. de inoff. don. §. 5.
35) oec. jur. I. p. 209.

J. Gothofred [86]) endlich verbindet die Distinction zwischen beschenkten Fremden und Notherben mit einer neuen zwischen der Testaments- und Intestaterbfolge, in der Art, daß in der Regel durch die Querel die ganze Schenkung rescindirt wird, gegen ex testamento succedirende Notherben, aber nur auf den Pflichttheil geht.

§. 2.

Bei Erörterung der Streitfrage über die Wirkung der quer. inoff. don. wird es vor Allem nöthig seyn, sich über das Wesen dieser Klage überhaupt und ihre Stelle und Bestimmung im Notherbenrechte zu verständigen, um auf diesem Wege vielleicht schon aus allgemeinen Grundsätzen die Controverse entscheiden zu können, jedenfalls aber, um ein leitendes Princip bei der Auslegung der hier zur Sprache kommenden Gesetzesstellen zu finden.

Die querela inofficiosi testamenti ist darauf gegründet, daß der einem Erben gebührende Pflichttheil ohne genügenden Grund durch letztwillige Disposition entzogen, oder auch nur — wenigstens vor c. 30. C. de inoff. test. — geschmälert wurde. Die Beeinträchtigung des Pflichttheils ist der Grund, die Voraussetzung der querela inofficiosi testamenti — der Zweck dieser Klage ist aber keineswegs nur die Erlangung des gebührenden Pflichttheils, sie erzielt vielmehr, da man als Motiv der ganzen Disposition bezüglich des Pflichttheilsberechtigten eine insania (color insaniae) fingirte, Rescission des Testamentes, so weit es den Querulanten angeht — mit andern Worten, der Pflichttheilberechtigte klagt vor c. 30. cit. stets nicht auf die legitima, sondern auf seine Intestatportion, und es kam daher auf den einzelnen Fall an, ob die querela inoff. test. Rescission des ganzen Testamentes oder nur theilweise Aufhebung bewirkte.

---

86) ad c. un. C. Th de inoff. don. ed. Ritter I. p. 211.

Vor der c. 30. cit. war es daher dem Notherben vortheilhafter, wenn ihm der Pflichttheil geſchmälert, als wenn er ihm gerade hinterlaſſen war, — da man im letzten Falle ſich mit dem Hinterlaſſenen begnügen mußte, im erſten aber auf die ganze Inteſtatportion klagen konnte — eine Unbilligkeit, die mit Nothwendigkeit aus der Verſchiedenheit zwiſchen Zweck und Grund der q. i. t. folgte.

Durch das Pflichttheilrecht und die zu deſſen Schutz gegebene q. i. t. war der Erblaſſer in ſeinen letztwilligen Verfügungen, in der Beſtimmung darüber, wie es mit dem zur Zeit ſeines Todes vorhandenen Vermögen gehalten werden ſollte, beſchränkt; es war gewiſſen Perſonen ein Recht auf einen Theil des Nachlaſſes gegeben, ſie waren befugt, jede letztwillige Dispoſition, die dieſes Recht vereiteln oder ſchmälern ſollte, anzufechten. Aber nur auf den eigentlichen Nachlaß, d. h. das im Momente des Todes des Erblaſſers noch vorhandene Vermögen, bezog ſich dieſes Recht; der Erblaſſer konnte jede beliebige Verfügung treffen, wodurch das Quantum ſeines Nachlaſſes ſich verringerte, ſeine Dispoſitionen **inter vivos** waren unbeſchränkt; es hing von ihm ab, ob und welches Vermögen zur Zeit ſeines Todes vorhanden ſeyn ſollte; — traf er keinerlei letztwillige Dispoſition, ſo war von einem Pflichttheil und einer Verletzung deſſelben keine Rede. Eine ausgedehntere Bedeutung erhielt aber das Pflichttheilrecht durch das Aufkommen des Grundſatzes, daß auch durch eine Dispoſition **inter vivos** jener Anſpruch auf eine beſtimmte Quote des Nachlaſſes verletzt werden könne, eines Grundſatzes, der der Römiſchen Rechtsanſicht über **negotia in fraudem legis facta** ſeine Entſtehung verdankt. Die Erwartung, daß durch die q. i. test. ſeine Dispoſitionen umgeſtoßen würden, konnte ihre Wirkung auf denjenigen, der ſein Vermögen den Pflichttheilberechtigten entziehen wollte, nicht verfehlen — er war gezwungen, in ſeiner letztwilligen Verfügung das Recht der Pflichttheilberechtigten zu reſpectiren. Leicht iſt es daher be-

greiflich, daß man auf Mittel ſann, dieſe drohende Querel zu vereiteln — die unbeſchränkte Befugniß, inter vivos zu disponiren, bot hier den beſten Ausweg dar. Statt daß man letztwillig den Notherben von dem Nachlaſſe ausſchloß, ſorgte man dafür, daß kein Nachlaß da war; man gab denjenigen bezüglich derer die letztwillige Liberalität beſchränkt war, das Vermögen ſchenkweiſe — eine Liſt, die namentlich in dem Falle für den Erblaſſer beſonders anlockend war, wenn er ſeinen Tod herannahen ſah, ihm alſo die Entäußerung ſeines Vermögens gleichgültig ſeyn konnte. Dieſem leicht gefundenen Mittel, das Pflichttheilrecht zu vereiteln, ſtellte ſich aber das Beſtreben des Römiſchen Rechts entgegen, derartigen hinterliſtigen, offenbar in fraudem legis geſchehenen Handlungen in den Weg zu treten; man fühlte auch hier das Bedürfniß, ähnlich wie in ſo vielen anderen Fällen, das Anſehen des Geſetzes aufrecht zu erhalten, es gegen Umgehung zu ſchützen. Man dehnte daher hier den Wirkungskreis der gegen letztwillige übermäßige Entäußerung des Vermögens gegebenen Klage auch auf ſchenkweiſe geſchehene Veräußerung inter vivos aus, in der Art, daß die Kaiſer verordneten, in letzterem Falle ſolle die pflichtwidrige Schenkung nach dem Vorbilde der quer. inoff. test. reſcindirt, den Pflichttheilsberechtigten eine derſelben analoge Klage gegeben werden. Der böswilligen Umgehung des Pflichttheilsrechts entgegenzutreten, ward als eine Forderung der Billigkeit, ja als ein Poſtulat der Rechtsconſequenz angeſehen. So heißt es in der erſten Stelle über pflichtwidrige Schenkungen, fr. 87. §. 3. de leg. II. (D. l. 31.), die „ratio“ fordere, daß die *intervertendae* inofficiosi querelae gemachte Schenkung revocirt werde; ſo iſt in c. 1. C. de inoff. don. (III, 29.) ein Fall ſupponirt, in dem die Schenkung ad *eludendam* inofficiosi querelam geſchehen war; ſo ähnlich in c. 8. C. h. t. und namentlich werden in §. 270 der fragm. Vatic. die inofficiöſen Schenkungen als „in *fraudem* ceterorum filiorum“ geſchehen betrachtet, und in §. 271 von denſelben

als „commentis“ geſprochen [37]). Die quer. inoff. don. gehört ſomit zu der großen Anzahl von Klagen, die dem Beſtreben der Römiſchen Juriſten, Lücken des Rechts in Fällen, in denen es die aequitas erforderte, durch ausdehnende Interpretation geſetzlicher Beſtimmungen, Anwendung von Klagen auf eigentlich nicht für ſie beſtimmte Fälle, auszufüllen. Non possunt, ſagt Julian in fr. 12. D. de leg. (1. 3.), omnes articuli singillatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet. Nam, fährt fr. 13. dann fort, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, caetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri [38]). In ſolchen Fällen wählten die Kaiſer öfters auch den Weg ausdehnender Interpretation, häufiger aber gaben ſie zwar eine neue geſetzliche Vorſchrift, paßten aber ein bereits beſtehendes Rechtsmittel dem zu normirenden Falle an, oder ſchrieben grabezu die Anwendung des älteren Rechtsmittels vor [39]). Dieſen letzteren Weg wählten die Kaiſer bei den pflichtwidrigen Schenkungen, — ſie ſchufen keine neue Klage, ſie erklärten, es ſollte, ähnlich wie bei dem pflichtwidrigen Teſtamente, *juxta formam* de inofficioso testamento constitutam, den Verletzten geholfen (subveniri), c. 1. C. h. t., ein auxilium aequitatis *ad similitudinem* inofficiosi testamenti querelae, c. 2. C. h. t., *ad instar* inofficiosi testamenti, c. un. de inoff. dot. (3. 30.) fr. Vat. §. 270, gegeben, und ſo den Machi-

37) S. auch Link a. a. O. S. 3. 4. J. H. Böhmer a. a. O. s. II. c. III. §. 42. 43.

38) S. auch fr. 34. §. ult. D. de contrah. emt. (18. 1.) fr. 8 §. 1. D. de reb. qui sub tut. (27. 9.) Mühlenbruch, Ceſſion S. 163

39) So z. B. in c. 1. C. de interd. (8. 2.)

nationen, den „commentis“ des Erblassers entgegengetreten werden, fr. Vat. §. 271. Eine selbstständige Theorie ward eigentlich für die querela inofficiosae donationis nicht aufgestellt, — die Kaiser rescribiren, man solle wie bei einem pflichtwidrigen Testamente verfahren, sie weisen auf die q. i. test. hin. Die q. i. don. ist daher als ein sich eng an die Musterklage, die q. i. test., anschließendes Rechtsmittel zu betrachten, und es liefern die Quellen selbst mehrere Beispiele ihrer analogen Natur.

Die quer. inoff. test. gehört bekanntlich zu den subsidiären Klagen, und es geht diese Eigenschaft so weit, daß der Beeinträchtigte, wenn ihm irgend ein anderes Mittel zusteht, um zu seinem Pflichttheile zu gelangen, von der vortheilhafteren, zur Intestatportion führenden Querel keinen Gebrauch machen darf. Dasselbe finden wir bei der quer. inoff. don. in mehreren für unsere Frage nicht unwichtigen Stellen ausgesprochen. So heißt es in c. 2. C. h. t.: „wenn ein paterfamilias einem in seiner Gewalt befindlichen Sohn sein ganzes Vermögen schenkt, soll der arbiter familiae erciscundae dem andern Sohn ein Viertheil seiner Intestatportion zuweisen — ist aber der Beschenkte emancipirt, so soll er ein der quer. inoff. test. nachgebildetes Rechtsmittel haben.“ Wenn ein paterfamilias seinem noch in der Gewalt stehenden Sohn etwas schenkt, so wird dies als eine mortis causa donatio betrachtet. Ist nun durch diese Schenkung dem anderen Sohne oder den anderen Söhnen nur das inane nomen heredis, und nicht einmal die falcidische Quart geblieben, so convalescirt jene Schenkung bekannten Grundsätzen zu Folge nur in so weit durch den Tod des Schenkers, daß den übrigen Söhnen die falcidische Quart, hier also ein Viertheil ihrer Intestatportion bleibt. Hierdurch war aber zugleich ihr Pflichttheil nach damaligem Rechte gewahrt, — also keine analoge Anwendung der quer. inoff. test. nöthig und zulässig, wie dies allerdings bei den an emancipirte Söhne geschehenen Schenkungen nöthig war. Die c. 2. cit.

ſpricht alſo in der erſten Hälfte nur den Grundſatz des älteren Rechtes aus, daß bei der Inteſtaterbfolge dem durch mortis causa donationes beeinträchtigten Sohn, dem hier keine bonorum possessio contra tabulas zuſteht, nichts übrig bleibt, als der Abzug der falcidiſchen Quart. Einen ähnlichen Fall hat §. 281 der fr. Vatic. im Auge. Hier iſt offenbar der beſchenkte Sohn ebenfalls noch in der väterlichen Gewalt, und es ſind demnach in dieſer Stelle dieſelben Grundſätze ausgeſprochen. Deutlich weiſen hierauf die Worte „nec mutata voluntate fatalem diem obiit“ hin, die ſich nur auf die Regel, daß Schenkungen an filiifamilias als mortis causa donationes betrachtet werden, beziehen können. Wollte man behaupten, daß in dieſer Stelle eine Schenkung an einen emancipatus gemeint ſey, ſo müßte man ſupponiren, es ſey von einer ausdrücklichen mortis causa donatio die Rede, denn was hätte ſonſt der Zuſatz non revocata etc. für einen Sinn? Nirgends ſteht aber, daß ausdrücklich mit Rückſicht auf den Tod geſchenkt worden ſey — es heißt nur: „pater qui per epistolam rem tibi dono dedit“, und die Worte „nisi tamen legis falcidiae ratio comminuere eam exegerit“ ſprechen offenbar, wie auch Mühlenbruch [40]) anzuerkennen ſcheint, nicht von dem Pflichttheil, ſondern von der eigentlichen falcidiſchen Quart. Wenn daher auch die von Mühlenbruch bekämpfte Hypotheſe Hille's [41]), daß in der erſten Hälfte der c. 2. cit. die in §. 281 der fr. Vatic. angeführte Conſtitution enthalten ſey, nicht gradezu erweislich iſt, ſo iſt ſie doch meiner Anſicht nach keineswegs unwahrſcheinlich, und verträgt ſich auch ganz füglich mit den weiteren Worten des §. 281: juris ratio in obtinendis portionibus etc. Auch deutet der Ausdruck „deducent“ darauf hin, daß mit den Worten obtinendis portionibus etc. ebenfalls vom Abzug der falcidi-

40) Comment. Bd. 36. S. 104. 105.

41) a. a. O. S. 50.

ſchen Quart die Rede ſey, und nicht direkt vom Pflichttheile. Nähme man aber auch mit Mühlenbruch an, dieſe Worte ſprächen vom Notherbenrechte, ſo iſt doch hiermit gewiß nicht die quer. inoff. don. gemeint, da jedenfalls durch den unbezweifelt eintretenden Abzug der falcidiſchen Quart der Pflichttheil gewahrt, die Querel alſo unmöglich iſt.

Einen weiteren, das Subſidiäre der querela inoff. don. hervorhebenden Fall enthält c. 4. C. h. t. Hier heißt es: wenn die Schenkung des Erblaſſers im Wege der in integrum restitutio von den Erben angefochten werden kann, ſo liegt kein Grund zur q. i. d. vor, da mit der Reſtitution die Erben ihren Zweck erreichen. Die Reſtitution ſteht bekanntlich auch den Nachfolgern derer zu, qui ipsi potuerunt restitui in integrum (fr. 5. D. d. i. i. r. IV. 1.) und c. 4. cit. enthält nur die Anwendung eines allgemeinen, in Bezug auf das Verhältniß zwiſchen filiusfamilias und paterfamilias noch beſonders in fr. 3. §. 9. D. de minor. (4. 4.) ausgeſprochenen, Grundſatzes.

Auch darüber herrſcht kein Zweifel, daß, was die Gründe des Wegfallens betrifft, insbeſondere durch Verzicht und Verjährung, die Grundſätze über q. i. test. auf die q. i. don. ſo weit als möglich anzuwenden ſind; — anders verhält es ſich mit der Frage: welche Wirkung hat die q. i. don.? Der mit der quer. inoff. test. auftretende Kläger erlangt mit dieſem Rechtsmittel nach den klaren Worten der Geſetze, insbeſondere nach fr. 19. D. de inoff. test. regelmäßig ſeinen Inteſtaterbtheil, und das inofficiöſe Teſtament wird ſo weit nöthig, d. h. bis zum Betrage dieſer Inteſtatportion, reſcindirt. Wendet man nun dieſen Grundſatz mit allen ſeinen Conſequenzen, wie dieſe Mühlenbruch [42]) und Vangerow [43]) zuſammengeſtellt haben, auf quer. inoff. don. an, ſtellt man alſo den Grundſatz auf, daß die ad instar

42) Comm. Bd. 35. S. 393 ff.

43) Leitf. Bd. 2. §. 479. Anm. 1.

der q. i. test. eingeführte q. i. d. auch in Betreff der Wirkung ſich ganz nach den Normen über q. i. test. richte, ſo wird ſich im jus antejustinianeum das Verhältniß folgendermaßen geſtalten:

1. Der an ſeinem Pflichttheil durch eine inofficiöſe Schenkung verletzte Erbe fordert mit der q. i. d. ſeinen Inteſtaterbtheil.

2. Die Schenkung resp. die Schenkungen werden reſcindirt bis zum Betrag der Inteſtatportion des Querulanten. Es wird alſo die ganze Schenkung reſcindirt, wenn der Querulant heres ex asse iſt, alſo die ganze Erbſchaft ſeine Inteſtatportion bildet; iſt er heres ex parte, ſo fällt die Schenkung nur in ſo weit zuſammen, als ſie die Inteſtatportion überſteigt. Hierher gehört denn auch der Fall, wenn neben dem Pflichttheilberechtigten noch gleich berechtigte Inteſtaterben vorhanden ſind, denen aber kein Pflichttheilrecht zuſteht; z. B. es hinterläßt jemand einen Bruder und einen Sohn eines vorverſtorbenen Bruders, und ſchenkt ſein ganzes Vermögen einer turpis persona — hier kann der verletzte Bruder nur auf Reſciſſion der halben Schenkung klagen, da nur die Hälfte der Erbſchaft ſeine Inteſtatportion bildet. Von ſelbſt verſteht ſich, daß auch die Fälle des fr. 25. §. 1; 15. §. 2 und fr. 16. D. d. i. t. (V. 2.) hier analoge Anwendung finden, und eben ſo folgt aus der Analogie der q. i. t., daß, wenn eine persona turpis und zugleich eine persona honesta beſchenkt wurden, nur gegen erſtere von verletzten Geſchwiſtern geklagt werden kann.

Auf dieſe Grundſätze ließe ſich hiernach die Lehre von der Wirkung der q. i. d. baſiren — und in der That glaube ich, daß die ganze Stellung dieſer Klage, die Art und der Zweck ihrer Einführung wohl berechtigen, eine ſolche Baſis anzunehmen.

Vor Allem iſt die oben erörterte Eigenſchaft der q. i. t. als einer nachgebildeten, juxta formam einer älteren eingeführten Klage feſtzuhalten. In allen Fällen ſolcher nach-

gebildeter Rechtsmittel, actiones utiles, Klagen, die una vel similis causa mit andern haben ſollen, der ad exemplum, exemplo, ad similitudinem, ad instar, juxta formam, und wie die vielen in den Quellen hierfür gebrauchten Ausdrücke weiter heißen, gegebenen Rechtsmittel, iſt es unverkennbarer Grundſatz, daß, wenn nicht ein beſonderes Geſetz oder die Natur der Sache eine Abweichung gebieten, die Wirkung dieſer Klagen, nach den Grundſätzen der actio directa, des zum Vorbilde dienenden Inſtituts, der Muſterklage, zu bemeſſen ſind. So, um nur einige Beiſpiele anzuführen, heißt es in fr. 18. D. de pign. et hyp. (20. 1.) von der prätoriſchen actio Serviana: sic tuetur me per Servianam praetor quemadmodum debitorem per Publicianam. So geht die ad instar tutelae actionis eingeführte actio utilis gegen den magistratus trotz des verſchiedenen Falls — genau auf daſſelbe, wie die urſprüngliche Klage. fr. ult. D. de magistr. conv. (27. 8.): An in magistratus actione data, cum usuris sors exigi debeat, an vero usurae peti non possint, quoniam constitutum est poenarum usuras peti non posse, quaesitum est? et rescriptum est a D. Severo et Antonino, et usuras peti posse: *quoniam eadem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores.* So auch c. 1. C. de interd. (8. 2.) Iſt aber nun anerkannt die q. i. d. nichts als eine, um die Umgehung der q. i. t. zu verhindern, vorgeſchriebene analoge Anwendung der letzteren Klage, zeigen die Geſetze deutlich, daß keine eigenthümliche Klage geſchaffen, ſondern „den Verletzten nur wie bei einem pflichtwidrigen Teſtamente geholfen (non injuria juxta formam de inofficioso testamento constitutam subveniri vobis . . . c. 1. C. h. t.), die pflichtwidrige Schenkung „wie ein pflichtwidriges Teſtament“ reſcindirt werden ſollte“ (rescindi ad instar inofficiosi testamenti; fr. Vat. §. 270.) — was ſoll denn veranlaſſen, in Betreff der Wirkung eine ſo exorbitante Abweichung von der q. i. d. anzunehmen? Die Aehnlichkeit

der Fälle, die Nachbildung nach einer älteren Klage, behauptet man, bewirke nicht immer eine völlig gleiche Wirkung. „Wenn ein Recht", ſagt Mühlenbruch [44]), „mittelſt einer „utilis actio ausgedehnt wurde, ſo heißt dies ja immer nur: „ſo weit der Zweck der Ausdehnung und die beſondere Be„ſchaffenheit des Gegenſtandes eine Gleichſtellung zulaſſen." Was nun dieſen Zweck betrifft, ſo iſt dieſer ja gerade Gegenſtand der Controverſe, und man kann doch nicht a priori unterſtellen, weil der an ſeinem Pflichttheile verletzte Erbe die quer. inoff. don. habe, ſey auch Erlangung des Pflichttheils direkter einziger Zweck der Klage — bei der quer. inoff. test. iſt ja auch Verletzung des Pflichttheils Grund und Veranlaſſung der Klage, der Zweck aber ein ganz anderer, als das Gelangen zur legitima: vielmehr die Erlangung der Inteſtatportion. Was weiter die Berückſichtigung der beſonderen Beſchaffenheit des Gegenſtandes betrifft, ſo folgt freilich hieraus, daß die q. i. d. nicht durchgängig dieſelbe Wirkung zu äußern vermag, wie die q. i. test. — letztere reſcindirt ein Teſtament, erſtere eine Schenkung. Dieſe beſondere Beſchaffenheit hindert aber doch nicht, nach allgemeinen Principien zu concludiren: die q. i. test. reſcindirt das Teſtament bis zum Betrage der Inteſtatportion des Querulanten, — die analoge q. i. don. reſcindirt alſo die Schenkung bis zum Betrage der Inteſtatportion des Querulanten. Die von der Aehnlichkeit beider Klagen im Allgemeinen redenden Stellen beweiſen gewiß wenigſtens nicht gegen dieſen Schluß, — mit vollem Recht kann man aber in den erwähnten Worten des §. 270. fr. Vat. „has (donationes) rescindi ad instar inofficiosi testamenti" eine ausdrückliche Beſtätigung deſſelben finden. Adoptirt man noch in c. 9. C. h. t. die gar nicht unwahrſcheinliche Conjectur Faber's, wonach vor „omnibus" das Wort „in" einzuſchalten wäre, ſo läge auch hierin eine ausdrückliche Beſtätigung, da hier

44) a. a. O. S. 108.

„in omnibus“, ähnlich wie in fr. 2. §. 3. D. de jur. codicill. (29. 7.), durch „in allen Stücken“ zu überſetzen wäre. Uebrigens ſehe ich nicht ein, warum es ungrammatiſch ſeyn ſollte, dieſes „in“ zu ſubintelligiren, wonach es einer Correctur nicht einmal bedürfte. Findet man, nach den Schlußworten dieſer Stelle und dem Scholion des Theodorus zu den Baſiliken [45]), in c. 9. cit. nur eine Entſcheidung eines entſtandenen Zweifels, ob die Querel durch fünfjährige Verjährung und eine Enterbungsurſache ausgeſchloſſen werde, ſo iſt dieſe Conſtitution mindeſtens gleichgültig für unſere Frage. Es läßt ſich aber auch ſo ganz füglich ein Argument für die Gleichheit der Wirkung der q. i. d. und der q. i. test. ableiten. Aus den Anfangsworten der c. 9. cit. würde immer hervorgehen, daß die Kaiſer deswegen die Frage, ob die fünfjährige Verjährung u. ſ. w. hier eingreife, bejahend entſcheiden, „quod immodicarum donationum querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta.“ Dieſelbe ratio läßt ſich aber mit demſelben Recht auf die Frage bezüglich der Wirkung anwenden. Was nun das Scholion des Theodorus betrifft, ſo konnte ſich Hille [46]) freilich nicht gradezu hierauf für ſeine Anſicht berufen [47]); läugnen läßt ſich aber nicht, daß es am natürlichſten geweſen wäre, daß Theodorus, der ſich doch nicht darauf beſchränkt, bloß im Allgemeinen von den Abweichungen zwiſchen der q. i. d. und der q. i. test. zu ſprechen, ſondern ſich darauf bezieht, daß letztere nur bei der Teſtaments-, erſtere auch bei der Inteſtatſucceſſion eingreife, — wenn auch eine Verſchiedenheit in den Wirkungen beſtände, dieſe auch aufgeführt hätte. Daß aber im Zweifel eine Gleichheit der Grundſätze über q. i. test. und q. i. don. anzunehmen ſey, iſt auch deutlich in dem Scholion d zu §. 3. Basil. 41, 4. ausge-

45) Fabrot. t. V. p. 489. O.

46) a. a. O. S. 48.

47) Mühlenbruch a. a. O. S. 103. Not. 12.

ſprochen, was nach Fabrots Ueberſetzung lautet: Quaecumque igitur superiore titulo de inofficioso testamento dicta sunt, eadem intelligenda sunt et de inofficiosis donationibus [48]). Vinnius ſucht zwar das aus den angeführten Geſetzesſtellen hergeleitete Argument durch die vage Bemerkung zu entkräften: illa comparatio non ad quantitatem, quae revocetur, sed ad jus revocandi pertinet. Vergebens wird man ſich aber in den Quellen nach einer Stelle umſehen, in welcher der Zuſammenſtellung beider Klagen dieſe Reſtriction beigefügt iſt [49]); auch iſt dieſe Zuſammenſtellung keine bloße „comparatio“ zweier verſchiedener Klagen, — die q. i. don. iſt vielmehr nur eine analog angewendete quer. inoff. testamenti.

Ein gewichtiges Argument für die Anſicht, daß die q. i. don. die Schenkung bis zur Inteſtatportion reſcindire, hat ſchon Faber angedeutet, durch die Bemerkung, daß die gegentheilige Anſicht: den impius pater ſein Vorhaben, die quer. inoff. test. zu vereiteln, wenigſtens theilweiſe erreichen laſſe, da die Querel anerkannt auf die Inteſtatportion geht. Wie ſchon oben bemerkt iſt, zeigen die Quellen deutlich, daß man in den pflichtwidrigen Schenkungen eine doloſe, fraudulöſe Umgehung des Pflichttheilrechts ſah, und daß dieſe Betrachtungsweiſe die Veranlaſſung gab, die quer. inoff. test. analog auf dieſe Schenkungen anzuwenden. Daß aber derjenige, der in fraudem legis handelt, trotz eines, noch dazu dieſe fraus reprimirenden, Geſetzes, ſeinen Zweck auch nur theilweiſe erreiche, ſteht grabezu mit dem Geiſte des Römiſchen Rechts im Widerſpruch. In vielen Ausſprüchen unſrer Rechtsquellen findet ſich der Gedanke ausgedrückt, daß man den Willen des Geſetzes im Auge haben ſolle, und bei Zuwiderhandlungen ſich nicht damit ſchützen könne, man habe die Worte des Geſetzes befolgt. Non dubium est, heißt es in der bekannten c. 5. C. de legib. (1. 14.), in le-

48) Fabr. t. V. p. 487.
49) Zimmern a. a. O. S. 64.

gem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem. Dieſer Grundſatz konnte aber nicht für alle Fälle ausreichen, — es blieb immer noch möglich, manche Geſetze auf Schleichwegen zu umgehen, in einer Art, daß man Anſtand nehmen mußte, von eigentlicher Geſetzesübertretung zu ſprechen. Hat aber nun der Geſetzgeber einen derartigen Fall vorgeſehen, eine ſolche beſtimmte Art, ein Geſetz zu eludiren, ausdrücklich reprimirt, ſo kann man wohl behaupten, daß er dann auch nicht auf halbem Wege ſtehen blieb, mit anderen Worten, daß er der fraudulöſen Handlung nie eine größere Wirkung beilegte, als dem von der lex intervertenda bedachten Falle. Iſt die in der umgangenen lex bedrohte Handlung ganz wirkungslos, ſo iſt es auch die fraudulöſe — hat jene nur einen beſchränkten Effect, ſo gilt daſſelbe auch von dieſer. Beiſpiele hiervon ſind unſchwer aus den Quellen hervorzuheben.

Die lex furia Caninia beſchränkte die Befugniß, Sklaven auf den Todesfall zu manumittiren, in der Art, daß von denſelben nur eine beſtimmte Anzahl gültig entlaſſen werden konnte, und die über dieſe Zahl geſchehenen Manumiſſionen nichtig ſeyn ſollten; zugleich war, da man die gültige Zahl ſonſt nicht hätte ausſcheiden können, die durch das Sct. Orfitianum in etwas modificirte, Vorſchrift beigefügt, daß nominatim manumittirt werden und dann die Reihenfolge entſcheiden ſolle. Es war nun ein Leichtes, dieſe Beſtimmung zu umgehen; man brauchte nur, wenn man ſein Ende herannahen ſah, auf irgend eine andere geſetzliche Art ſeine Sklaven zu manumittiren. Dieſer Fall ward aber durch ſpätere Beſtimmungen vorgeſehen, und feſtgeſetzt, daß eine ſolche, in fraudem legis geſchehene Manumiſſion genau dieſelbe Wirkung äußern ſolle, wie eine letztwillig vorgenommene, daß alſo alle Manumiſſionen über die geſetzliche Zahl auf keinen Rechtsbeſtand Anſpruch zu machen hätten [50]). Der ganze

50) Gaj. epit. I, 2. §. 3. Schulting jus antej. p. 27. 28.

Act iſt daher nicht vollſtändig wirkungslos, weil es auch die directe Geſetzesübertretung nicht war, — die in fraudem legis geſchehene Handlung wird aber gerade ſo betrachtet, als ſey direct dem Geſetze zuwider gehandelt worden. Eine ähnliche Entſcheidung enthält c. 23. C. mand. vel contra (4. 35.), wonach, damit nicht die lex Anastasiana durch theilweiſe Schenkung und theilweiſen Verkauf der Forderung umgangen werden könne, die theilweiſe Schenkung gradezu für ungültig erklärt wird. In gewiſſem Sinne kann man auch fr. 38. D. de contrah. empt. (18. 1.) hierher rechnen [51]).

Wenn ich aber nun auch aus dem Umſtande, daß die Römer inofficiöſe Schenkungen als negotia in fraudem legis facta betrachten, ein gewichtiges Argument für die gleiche Wirkung der q. i. test. und q. i. don. herleiten zu können glaube, ſo folgt doch hieraus nicht, wie es vielleicht den Anſchein hat, daß hierdurch zugleich der, in neuerer Zeit namentlich wieder von Kritz [52]) und Mühlenbruch [53]) mit Nachdruck vertheidigten Anſicht, der Querulant müſſe den Beweis der fraus, der böswilligen Abſicht führen, beigetreten werden ſoll. Es liegt allerdings nahe, aus der Art, wie die Kaiſer die den Pflichttheil verletzenden Schenkungen anſahen, aus der Auffaſſung als doloſer Geſetzesumgehungen, den Schluß zu ziehen, daß man nur dann, wenn eine ſolche fraus, eine feindſelige Abſicht nachweisbar war oder aus den Umſtänden von ſelbſt hervorging, den Erben durch die analoge Anwendung der quer. inoff. test. helfen wollte. Dennoch läßt ſich aber dieſer Schluß nicht rechtfertigen. Durch

51) S. auch fr. 7. §. 6; fr. 32. §. 24. 25; fr. 52. pr. D. de don. int. vir. et ux. (24. 1); fr. 3. §. 3. D. de Sct. Mac. (34. 6); fr. 27. i. f. de prob. (22. 3); fr. Vat. §. 273.

52) a. a. O. S. 125 ff.

53) a. a. O. S. 74 ff.

die pflichtwidrigen Schenkungen wurde die quer. inoff. test. vereitelt, objectiv lag jedenfalls in ihnen eine Umgehung des Pflichttheilrechts; wenn nun in den oben angeführten Stellen die Schenkungen als fraudulöse, doloſe Geſchäfte bezeichnet, und in den fraglichen Fällen auch dieſe fraus, dieſer dolus unterſtellt wird — ſo folgt hieraus nicht, daß die Kaiſer den Beweis der fraus, des dolus verlangten, es zeigt dies nur, wie die verletzenden Schenkungen von den Kaiſern betrachtet wurden, und wie ſie in einer ſolchen freiwilligen unentgeltlichen Entäußerung des Vermögens eine böswillige Abſicht unterſtellten. Dieſe Betrachtungsweiſe widerſtreitet auch keineswegs dem Geiſte des Römiſchen Rechts; daſſelbe betrachtet vielmehr in der Regel, wenn Handlungen, die objectiv eine indirecte Uebertretung eines Geſetzes enthalten, ausdrücklich unterſagt werden, dieſelben vermöge einer praesumtio juris et de jure als in fraudem legis geſchehen. Ein deutliches Beiſpiel gibt hiervon die ſchon erwähnte c. 23. C. mand. vel contra (4. 35.), die offenbar in der theilweiſen Schenkung den animus legis eludendae unterſtellte, und keineswegs deſſen Beweis verlangt. Hier, wie bei unſerer Querel, war es die Abſicht des Geſetzgebers, den „Machinationen“ (c. 23. cit.), den „commentis“ (§. 271 fr. Vat.) entgegenzutreten, und hier wie dort ſupponirte man in der objectiven Umgehung auch die ſubjective [54]). Daß dies auch mit den Worten der Geſetze wohl vereinbarlich iſt, und daß die Analogie der q. i. test. entſcheidend eingreift, hat Francke erſchöpfend nachgewieſen [55]).

54) Es liegt nahe, der hier vertheidigten Anſicht die actio Faviana und Calvisiana entgegen zu halten, bei denen bekanntlich der Beweis des dolus nöthig iſt. Dieſe Klagen waren aber gegen jede, auch onerose Veräußerung denkbar, und es liegt daher in der Natur der Sache, daß hier nicht unbedingt die böſe Abſicht ſupponirt werden, daß der Geſetzgeber nicht in einer jeden Veräußerung den animus fraudandi unterſtellen konnte. Francke a. a. O. S. 507. 508.

55) a. a. O. S. 505 ff. Wangerow a. a. O. §. 482. 3.

Vinnius und nach ihm Francke und Mühlenbruch haben nun ſich zur Vertheidigung ihrer Anſicht, daß die Querel die Schenkung nur bis zum Betrage der legitima reſcindire, auf den Grundſatz „utile per inutile non vitiatur“ berufen. Wenn eine geſetzliche Beſtimmung bis zu einem gewiſſen Grade (ad certum modum) etwas geſtatte, ſo werde bei Ueberſchreitung dieſes Grades nicht das ganze Geſchäft, ſondern nur das, was über das Maß hinausgehe (quod illicitum gestum est) infirmirt. Gegen die Richtigkeit dieſer Sätze wird man im Allgemeinen nichts einwenden können — auf das Pflichttheilrecht, wenigſtens auf das vorjuſtinianeiſche, finden ſie aber keine Anwendung. Dem teſtirenden Vater iſt auch die Diſpoſition über ſeinen Nachlaß „ad certum modum“ — bis zum Betrage des Pflichttheils der Kinder geſtattet; überſchreitet er aber dieſes Maaß, ſo wird vor c. 30. C. de inoff. test. (3. 28.) nicht blos das, was darüber, d. h. über den Pflichttheil, geht, reſcindirt, — die Kinder klagen ihre ganze Inteſtatportion ein; — Grundſätze, die nach dem oben bemerkten, auch bei der zur Verhütung einer Umgehung des Pflichttheilrechts gegebenen q. i. don. gelten müſſen. — Donell und Vinnius haben weiter den von ihnen behaupteten Unterſchied zwiſchen der q. i. d. und der q. i. tert. ſo zu erklären geſucht: das inofficiöſe Teſtament nehme den Kindern die Erbſchaft, die ſie tacita quadam lege naturae zu fordern hätten, — die pflichtwidrige Schenkung laſſe ihnen aber die Erbqualität [56]). Hiergegen iſt zu erinnern, daß, wo es ſich nicht um Inſtitution oder Präterition, ſondern um das materielle Pflichttheilrecht handelt, es der Natur der Sache nach ziemlich gleichgültig iſt, ob die Erbqualität genommen, oder das inane nome heredis gelaſſen wurde. Ganz entkräftet wird aber jener Einwurf, wenn man bedenkt, daß, wenn jemand durch ein Inteſtatcodicill den Pflichttheil ſeiner Kinder verletzt hatte, unbezweifelt letzteren, wenigſtens nach vorjuſti-

56) S. auch Franke a. a. O. S. 531. 532.

nianeiſchem Recht, die quer. inoff. test. zuſtand, obgleich ihnen das nomen heredis gelaſſen war [57]), namentlich aber, wenn man berückſichtigt, daß jene Klage vor c. 30. C. d. i. t. auch dann ſtattfand, wenn der Pflichttheilsberechtigte förmlich zum Erben eingeſetzt war, jedoch auf weniger als ſeinen Pflichttheil.

(Schluß im nächſten Hefte.)

57) Vangerow a. a. O. §. 527. Anm. 2. a.

XV.

Ueber Beſitz und Verjährung verbundener Sachen.

Von

Herrn Dr. **Binding**,
Advokaten in Frankfurt.

(Beſchluß des Aufſatzes No. IX. im vorigen Hefte.)

Zuvörderſt nun iſt gewiß kein Unterſchied in Bezug auf die Gewaltſamkeit und Willkürlichkeit der Erklärung zwiſchen der Deutung des nihilominus als nihilomagis und zwiſchen der als nequaquam. Wenn ſodann aus dem: in quo verum est auf die Nothwendigkeit einer Negation in dem früheren Satze geſchloſſen werden will, weil damit in der Regel ein Gegenſatz zum Früheren eingeleitet werde, ſo wird man in unſerer Erklärung dieſen Gegenſatz jedenfalls nicht vermiſſen, trotz der Beſtätigung der aufgeſtellten Regel als ſolcher, ſelbſt aber auch, wenn man dieſe Erklärung nicht gelten laſſen will, doch die Schwäche dieſes Arguments unmöglich außer Acht laſſen können. Die Hauptſache bleibt jedoch hierbei der entſchiedene Widerſpruch der Sintenis'ſchen Anſicht gegen nicht etwa blos die l. 30. cit., ſondern die